

CD's branden in een internetcafé

Enkele opmerkingen over kopiëren op verzoek naar aanleiding van het voorgestelde artikel 16c Aw en de uitspraak van het High Court of Justice 28 januari 2003 inzake Sony e.a./ Easyinternetcafé.

Dirk Visser

Mr. D.J.G. Visser is advocaat te Amsterdam, docent aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit blad

Kopiëren op verzoek van iemand anders ten behoeve van het eigen gebruik van die ander (hierna kortweg: 'kopiëren op verzoek') is in Nederland blijkens het slot van artikel 16b lid 1 Aw toegestaan.¹ Dit geldt echter niet voor het kopiëren op verzoek van beeld en geluid. Dat is volgens artikel 16b lid 4 Aw namelijk niet toegestaan.² Vanwege dit onderscheid zou onderstaande casus in Nederland vrijwel zeker tot dezelfde uitkomst leiden (te weten: het bewuste kopiëren op verzoek is onrechtmatig). De overwegingen van de Engelse rechter zijn evenwel boeiend en de uitspraak vormt een aardig vertrekpunt voor een korte beschouwing over kopiëren op verzoek en het branden van cd's in een internetcafé naar huidig en komend auteursrecht.

Op 28 januari deed het High Court of Justice een uitspraak over een internetcafé waar cd's kunnen worden gebrand.³ Sony en een aantal andere platenmaatschappijen vroegen een verklaring voor recht dat het aanbieden van deze 'cd-brand-dienst' door een keten van internetcafés onrechtmatig is. In het vonnis komt een aantal procesrechtelijke kwesties aan de orde en een definitiekwestie die alleen onder de Engelse auteurswet speelt, die voor Nederlanders minder interessant zijn. De berichtgeving in de pers was deels enigszins misleidend, omdat de feiten niet duidelijk genoeg werden gemaakt.⁴ Voor alle duidelijkheid daarom eerst de letterlijke weergave van de feiten waar in deze zaak vanuit werd gegaan.

6. There is no dispute as to the operation of the Defendant's Internet cafés in relation to its cd burning service. Upon payment of a fee, a customer is provided with access to the Internet via a PC. These PCs are connected into a central server, and there are no copying or other facilities that can be utilised by the customer at the screen. Upon payment of the fee the customer is given a user ID. Files downloaded

by a customer can be stored by the customer on a private directory on the Café's server identified by reference to the personal ID.

7. After the termination of a session a customer can ask the staff to download on to a CD-R the material in his private file area. That area can include sound recordings downloaded from the Internet. If the option is taken up, the customer presents his user ID to the staff member, who has access to the relevant customer's allocated area, and downloads the relevant files on to the CD-R using the CD writer programme. A fee of £ 5.00 (Five Pounds) is paid for this being £ 2.50 (Two Pounds Fifty Pence) for the CDR and £ 2.50 (Two Pounds Fifty Pence) for the service.

8. The Defendant's evidence (which I accept for the purpose of this application) is that the members of staff are prohibited from looking at the contents of any files, unless the customer agrees. It is quite clear also that in the logon process a significant number of warnings are given to customers in respect of copyright infringement.

De gedaagde betwist vervolgens niet dat wanneer een klant iets heeft gedownload op de bovenomschreven manier die klant inbreuk maakt op het auteursrecht, voor zover hij zich niet kan beroepen op section 70 van de Engelse auteurswet, de beperking van kopiëren voor eigen gebruik, die hierna uitgebreid zal worden besproken. De gedaagde betwist dat zijzelf door bovenomschreven werkwijze inbreuk maakt op enig auteursrecht.

De rechtbank gaat vervolgens in op het verweer dat de gedaagde 'bij gebrek aan wetenschap' ontkent dat het in casu gaat om materiaal dat is gedownload van internet. De gedaagde stelt dat het ook zo kan zijn dat de klant zijn

1 Artikel 16b lid 1 Auteurswet: 'Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd, tenzij het een met elektronische middelen toegankelijke verzameling als bedoeld in artikel 10, derde lid, betreft, de veeleenvoudiging, welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van degene die de veeleenvoudiging vervaardigt of tot het veeleenvoudigen uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft'.

2 Artikel 16b lid 4 Auteurswet: 'De bepalingen van het eerste lid met betrekking tot een in opdracht vervaardigde veeleenvoudiging zijn niet van toepassing ten

aanzien van de veeleenvoudiging welke plaatsvindt door het vastleggen van een werk of een gedeelte daarvan op enig voorwerp dat bestemd is een werk ten gehore te brengen of te vertonen.'

3 High Court of Justice 28 januari 2003, (J. Peter Smith), [2003] EWHC 62 (Ch) (Sony e.a./Easyinternetcafé), te vinden op: www.courtservice.gov.uk/judgmentsfiles/j1528/sony_v_easyinternetcafe.htm

4 Met name werd in sommige berichten gesuggereerd dat het zou gaan om kopiëren door de internetcafébezoekers zelf.

eigen cd's of floppydisks heeft meegenomen of eerst zijn eigen files heeft 'ge-upload' om ze te laten branden. Dit verweer wordt uitgebreid behandeld en vervolgens als zeer onwaarschijnlijk verworpen.

Daarna volgt de bespreking van het belangrijkste verweer dat hier integraal wordt geciteerd, omdat het zeer leesbaar en interessant is.

Involuntary copying

31. *In this context Mr Arnold QC submits that the Defendant is in the position comparable with the situation where for example 'A' sends an infringing copy of a literary or artistic work to 'B' by fax or email; the copy is made by 'B's' machine but the person who caused it to be made was 'A'. Accordingly, he submits the person who did the restricted act and infringed copyright was 'A' not 'B'; 'B' merely facilitated the infringement by providing the means by which the copy was made. He draws a similar analogy with an Internet Service Provider whose computer stores an infringing copy being transmitted from 'A' to 'B' and who is not responsible for that act of copying (but may become a secondary infringer if put on notice that the file is an infringing copy). He refers to Laddie, Prescott & Victoria The Modern Law Of Copyright and Designs third edition paragraphs 4.13-4.14.*

32. *In addition he anticipates that the Claimant will argue that the situation is different in this case because of the intervention of a human operator of the machine in the shape of the Defendant's employee. He submits that this makes no difference because the human being is an automaton. He draws an analogy where 'A' asks a blind person 'B' to photocopy a piece of paper, which contains a copyright work. The blind person he submits has no knowledge of what is being copied and acts as an automaton carrying out 'A's' instructions.*

33. *There are to my mind two major fallacies to these submissions. First the liability for infringement under sections 17 and 18⁵ is strict. It is no defence for a person copying an item to assert that he did not know he was infringing a copyright. The reasons for that are self evident. Obviously when strict liability is pushed to its boundaries absurd results can arise. It would be absurd if the recipient of a fax over which he has no control could be said to be infringing it merely because his machine is the one that prints the transmission. Generally, the owner of a fax machine cannot stop material being sent. He is an involuntary copier. The same occurs in relation to the Internet Service Provider.*

34. *In the present case the only material which is available for this defence is the fact that the Defendant chooses to keep the files of an individual customer confidential allegedly by directing that the employees cannot see them unless the customer consents.*

35. *This is not involuntary; it is voluntary. The difficulty only arises because of the terms upon which the Defendant chooses to allow customers to copy information. Further the Defendant is doing this for a profit. I do not see it is any different to a high street printer that is asked to copy material. If the high street printer copies material, which contains infringing copyright material (for example a pirated PhD Thesis) the printer will be liable. He will not know that the material is infringing for obvious reasons. Nevertheless, he is liable. I do not see how it can be said to be different because he chooses not to know. This to my mind is 'to introduce a mens rea defence when none is available.*

36. *Secondly, I do not see that the blind operator will necessarily have the defence. If a blind person is asked to copy something without taking precautions to check whether or not the matter potentially infringes copyright I do not see how that avoids strict liability infringement. If the blind man has a defence one can stretch the matter even further. What about the person who is illiterate? What about the person who cannot read the language of the documents being copied? What about the person who does not actually look at the time that the documents are being copied? In none of these cases would there be defence to my mind. Nor could it be said in any of those cases that the person is being an automaton.*

37. *Accordingly, this matter does not afford the Defendant a defence.*

Vervolgens gaat de rechtbank in op het verweer gebaseerd op de Engelse thuiskopieerbepaling.

Section 70 CDPA 1998

38. *This section provides as follows:-*

'The making for private and domestic use of a recording of a broadcast or cable programme solely for the purpose of enabling it to be viewed or listened to at a more convenient time does not infringe any copyright in the broadcast or cable programme or in any work included in it'.

39. *There are two separate issues arising under this section. First, there is the question of whether or not the copying alleged to be the infringement is for 'private and domestic use'. If it is not then the section provides no defence. The second issue arises if that threshold is passed as to whether or not matter to be found on the Internet is a 'cable programme' or 'any work included in it'.*

40. *Dealing with the first basis it seems to me that it is impossible for the Defendant to make out defence in this case. First, as a matter of fact no evidence has been adduced*

⁵ De bepalingen waarin het vervelvoudigings- en openbaarmakingsrecht in de Engelse auteurswet zijn vastgelegd.

to show these items were copied for the purpose of private or domestic use. The burden of establishing that must be on the Defendant as it wishes to rely upon an exception from a *prima facie* infringement. The best Mr Arnold QC could say was that I should take notice in some way that an overwhelming number of the Defendant's customers were likely to use it for that purpose and were not commercial entities. That to my mind is not good enough. The Defendant has an extensive business operation and could adduce evidence if chose to do so. It has not chosen to do so.

41. In any event, the interposition of the Defendant in the copying exercise for commercial gain is fatal to this defence. The copying is done by the Defendant and the Defendant is not copying it for the purpose of private and domestic use. It is copying for the purposes of selling the complete CDR for £ 5.00 (Five Pounds). It is making a profit out of it. It does not seem to me to be relevant that the person for whom it is copied is going to use it for private and domestic use. If one pursued that to logical conclusions (as Mr Arnold QC freely acknowledged) that would mean that any material on the Internet could be downloaded by a commercial organisation and that organisation could sell that downloaded material to a customer, provided the customer asserted that it was for his own private and domestic use. That, to my mind is not the mischief intended to be covered by the section. The section is meant to cover an individual who makes a copy and uses that solely for his private and domestic use. I accept the observations in Laddie paragraph 20.89 that the means that private individuals can build up a substantial private library. That may be so; the bounds of the law of copyright protection have had imposed on them some statutory limits. Obviously, the draftsman of the Act wished to ensure that excessive copyright claims were not made against people who copied matters that were broadcast or delivered by cable solely for the purpose of their private or domestic use. This is presumably a balancing exercise between the protection of the rights to the material and the general social benefits afforded [to] the public by the rise of first video copying machines and later CDR copying machines. Mr Arnold QC's submission as to section 70 would lead to quite extraordinary results and I do not accept that that was what was intended.

42. He gave an example of somebody who is asked to copy a recording on his own VCR for the purpose of a neighbour. I do not see that is the same even if the neighbour is reimbursed for (say) the costs of presumably putting the blank video tape in his machine. It bears no relation to the Defendant's commercial operation of making money by copying CDR's. This is not a service being provided for people for use for private and domestic use; it is a business operation carried on by the Defendant for profit. Significantly,

the Defendant discontinued this service because it was not profitable. That, to my mind, finally destroys any credibility in relation to this argument.

De rechtbank constateert vervolgens dat section 70 niet van toepassing is, ongeacht of sprake is van een werk opgenomen in een 'cable programme'.⁶

Hiermee staat de onrechtmatigheid c.q. de auteursrechtinbreuk vast en de zaak wordt verwezen naar de Engelse variant van een schadestaat procedure.

Stelios Haji-Ioannou, de oprichter van Easyinternetcafé (en alle ander Easy-ondernemingen), heeft inmiddels aangekondigd dat deze beslissing volledig onjuist is en dat hij op kruistocht gaat voor de consument en tot aan het Hous of Lords zal doorprocederen. Het is de vraag of dit bij deze feitenconstellatie een goed idee is. Het zwakke punt is dat een medewerker van het internetcafé de brander bedient. Het Easyinternetcafé verbiedt weliswaar te kijken wat er wordt gekopieerd, maar dit argument wordt door de rechtbank (m.i. terecht) terzijde geschoven. Maar wat zou de juridische situatie zijn als het branden in het internetcafé decentraal door de gebruikers zelf gebeurt? Alvo-rens die vraag (naar Nederlands recht) te beantwoorden, wordt eerst ingegaan op de Engelse casus naar Nederlands recht.

Nederland

Dat de zaak Sony/Easyinternetcafé in Nederland dezelfde uitkomst zou hebben is vrijwel zeker. Volgens de huidige Auteurswet zou de cd-brand-dienst van Easyinternetcafé niet mogen, omdat artikel 16b lid 4 Aw bepaalt dat kopiëren op verzoek van beeld en geluid voor andermans privé-gebruik niet mag. Naar komend auteursrecht zou het waarschijnlijk ook niet mogen. In de structuur van wetsvoorstel 28 482 valt het branden van cd's onder artikel 16c Aw.⁷ In die bepaling komt, anders dan in het (oude en het nieuwe) artikel 16b lid 1 de zinsnede 'of tot het veelevoudigen uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft' niet voor. Het nieuwe artikel 16c komt als volgt te luiden:

Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd de reproductie van dat werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits deze reproductie geschiedt zonder commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt.

⁶ Ten overvloede oordeelt de rechter overigens dat wel van een cable programme als gedefinieerd in de Engelse auteurswet sprake is.

⁷ Deze bepaling vormt een implementatie van art. 5 lid 2 sub b van de Auteursrechttrictlijn: 'De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van: [...] de repro-

ductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik gemaakt, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, mits de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen waarbij rekening wordt gehouden met het al dan niet toepassen van de in artikel 6 bedoelde technische voorzieningen op het betrokken werk of het betrokken materiaal[.]'

Hieruit kan (a contrario) worden afgeleid dat 'kopiëren op verzoek' van beeld en geluid onder het nieuwe artikel 16c Aw (ook) niet mag. Dit blijkt ook uit de Memorie van Toelichting,⁸ waarin echter ook wordt gesuggereerd dat het opnemen van de zinsnede 'zonder commercieel oogmerk' hier nog iets mee te maken heeft. Men zou denken van niet, want de *a contrario* redenering is sluitend: in 16b staat de mogelijkheid van 'op verzoek' en in 16c niet. Het heeft echter de vraag van de CDA-fractie opgeleverd of het kopiëren op verzoek niet toch nog eens expliciet moet worden uitgesloten.⁹ In het licht van het vervolg van de toelichting bij het nieuwe artikel 16c wordt de kwestie pregnanter:

Wel wordt benadrukt dat de regeling niet uitsluit dat een ander ten behoeve van de natuurlijke persoon de reproductie vervaardigt. De Europese Commissie heeft in haar advies van 3 april 2001 over de amendementen van het Europees Parlement gesteld dat de woorden 'gemaakt' door in artikel 5 lid 2 sub ook het kopiëren voor en namens een natuurlijke persoon voor privé-gebruik kunnen dekken. Dit moet aldus worden verstaan dat een kopie gemaakt in opdracht dus kan zijn toegelaten maar ook dat een privé-kopie niet slechts rechtmatig is indien de natuurlijke persoon voor wie de kopie is bestemd, deze kopie ook daadwerkelijk en zonder inschakeling van anderen zelf maakt. Het kan tegelijkertijd niet zo zijn dat een opdrachtnemer, direct of indirect, met commercieel oogmerk handelt. In dat geval is niet van een toegelaten privé-kopie sprake. Volgens de Europese Commissie kan de bepaling ook inhouden dat technische of andere middelen voor het maken van dergelijke kopieën worden verstrekt.

Uit deze toelichting blijkt dus inderdaad iets anders: 'kopiëren op verzoek' van beeld en geluid zou wel mogen, mits het zonder commercieel oogmerk gebeurt. Uit het stuk van de Europese Commissie waar de toelichting naar verwijst blijkt dit inderdaad:¹⁰

Firstly, instead of 'for the private use of a natural person', the text now reads 'by a natural person for private use'. As with the previous formulation in the text of the Common Position, the Commission is of the view that the word 'by' would also allow a copy to be made for and on behalf of a natural person for private use. This would include providing the means, technical or otherwise for the making of such copies. Secondly, it clarifies the scope of private use by providing that copying should be for 'ends that are neither directly or indirectly commercial.'

Maar als 'kopiëren op verzoek' van beeld en geluid zonder (direct of indirect) commercieel oogmerk wel mag, dan lijkt het aangewezen dat in de tekst van de wet tot uitdrukking te laten komen. Het Easyinternetcafé zou hier uiteraard niet mee geholpen zijn, omdat het commerciële oogmerk daar duidelijk aanwezig was. Wie er wel mee 'geholpen' zouden zijn, zijn de talloze 'thuis-op-verzoek-cd-kopieerders'. Onder het huidige recht is hun activiteit illegaal,¹¹ maar onder het nieuwe recht zou dit mogelijk niet het geval zijn. Over de wenselijkheid hiervan kan men verschillend denken; het lijkt wel van belang deze consequentie onder ogen te zien.

Beschikbaarstelling apparatuur

Hoe zou het het Easyinternetcafé (in Nederland) vergaan als het niet centraal cd's zou branden op verzoek, maar alle bezoekers een eigen brander ter beschikking zou stellen?

Waarschijnlijk zouden de kopieerhandelingen dan niet aan het internetcafé worden toegerekend. Het internetcafé zou dan niet verveelvoudigen en aan de vraag over de toepasselijkheid van artikel 16b (oud) of 16c (nieuw) zouden we niet toekomen. De situatie is dan vergelijkbaar met de van oudsher bekende copyshop. Een verschil met de copyshop is overigens nog wel dat de kopieerder daar de te kopiëren materialen zelf meebrengt, terwijl deze in een internetcafé ter plekke worden gedownload. Ik denk dat dit verschil echter niet tot een andere auteursrechtelijke kwalificatie leidt. Men zou zich kunnen afvragen of het aanbieden van internettoegang in combinatie met een cd-brander een *onrechtmatige daad* oplevert. Zolang het downloaden en kopiëren door de gebruiker geen auteursrechtinbreuk oplevert, omdat dit gedekt wordt door artikel 16b (oud) en 16c (nieuw), lijkt dit echter niet waarschijnlijk. 'Aanzetten tot' iets niet onrechtmatigs, is over het algemeen niet onrechtmatig.

In dit licht is het wel de vraag wat we aan moeten met de volgende zin uit de boven geciteerde passage uit het advies van de Europese Commissie: *'This would include providing the means, technical or otherwise for the making of such copies.'* Deze zin wekt namelijk de indruk dat het beschikbaarstellen van kopieerapparatuur zou zijn toegestaan op grond van artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtrichtlijn. Hieruit zou men kunnen afleiden dat dergelijk beschikbaar stellen in beginsel wel auteursrechtelijk relevant zou kunnen zijn. Dat zou weer kunnen betekenen dat het beschikbaar stel-

8 Wetsvoorstel 28 482, MvT, p. 46-47: 'Aan de "inperking" van de mogelijkheid om in opdracht een privé-kopie te maken is vanwege de formulering van het eerste lid (zonder commercieel oogmerk) geen behoefte. De regeling van het huidige vierde lid van artikel 16b moet namelijk geacht zijn te zijn begrepen in de voorwaarden waaronder beroep op het eerste lid van artikel 16c mogelijk is. Dat betekent dat de norm zoals die nu geldt, namelijk dat de bepalingen van het eerste lid van artikel 16b met betrekking tot een in opdracht vervaardigde verveelvoudiging niet van toepassing zijn op de verveelvoudiging welke plaatsvindt door het vastleggen van een werk of een gedeelte daarvan op enig voorwerp dat

bestemd is een werk ten gehore te brengen of te vertonen, ook van toepassing is op de reproducties als bedoeld in het nieuwe eerste lid van artikel 16c.'

9 Wetsvoorstel 28 482, nr. 4, p. 14.

10 Advies van de Commissie d.d. 29 maart 2001 naar aanleiding van de amendementen van het Europees Parlement bij de Auteursrecht-richtlijn, Commissiedocument nr. 170 van 2001, laatste versie.

11 Zie bijvoorbeeld het bindend advies van de Rijdende Rechter d.d. 3 mei 2000 inzake UMAC/Evers, AMI 2001/3, p. 79.

len van kopieerapparatuur alleen zonder (direct of indirect) commercieel oogmerk toegestaan zou zijn. Het gaat echter nogal ver om dergelijke verstrekkende consequenties te trekken uit een (tussendoor-)advies van de Europese Commissie.

Opvallend genoeg lijkt de Commissie Auteursrecht in haar 'advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media' uit augustus 1998 nog een stap verder te gaan. Zij meent dat 'voorafgaande toestemming' (van de rechthebbende) nodig is voor 'het faciliteren van door een gebruiker digitaal verveelvoudigen van beschermd materiaal' door bibliotheken.¹² De Commissie Auteursrecht was in 1998 dus van mening dat het beschikbaar stellen van digitale kopieerapparatuur zonder enig winstoogmerk niet toegestaan zou (moeten) zijn. In het implementatieadvies van diezelfde Commissie Auteursrecht is dit standpunt overigens niet terug te vinden. Overigens moet hierbij bedacht worden dat bibliotheken niet alleen maar de kopieerapparatuur beschikbaar stellen, maar ook (rechtstreeks) het te kopiëren materiaal. Dit is weer een verschil ten gunste van het internetcafé met (individuele) cd-branders: daar wordt immers niet het te kopiëren materiaal rechtstreeks aangeboden. Er wordt 'slechts' de mogelijkheid geboden om dit op internet op te zoeken. Daarmee blijft het internetcafé, ondanks zijn commerciële oogmerk, toch nog iets verder op afstand.

Conclusie

Het is niet duidelijk of het 'kopiëren op verzoek' van beeld en geluid, wanneer dit gebeurt zonder enig winstoogmerk, ook naar komend Nederlands auteursrecht verboden blijft. De tekst en de toelichting van het nieuwe artikel 16c lijken elkaar op dit punt tegen te spreken. Het op verzoek tegen betaling *centraal* branden van cd's door (het personeel van) een internetcafé is ook in Nederland naar huidig en komend auteursrecht niet toegestaan. Het bieden van *individuele* cd-brand faciliteiten aan bezoekers van een internetcafé is in Nederland naar huidig en komend auteursrecht vermoedelijk wél toegestaan (en in Engeland mogelijk ook wel). Is dit onderscheid rechtvaardig, redelijk en/of voor de leek begrijpelijk? Dit laatste vermoedelijk niet. Verder zullen rechthebbenden ongetwijfeld menen dat beide activiteiten (centraal branden en decentraal faciliteren) verboden zouden moeten zijn, terwijl veel gebruikers zullen menen dat beide juist moeten kunnen. Stelios Haji-Ioannou heeft in verband met de procedure eerder de gedenkwaardige woorden gesproken: 'Music downloading should be legalised – it's far cheaper than putting CDs into little boxes'.

12 Commissie Auteursrecht, p. 35. Anders: Krikke, *Het bibliotheekprivilege in de digitale omgeving*, Deventer: Kluwer 200, IteR nr. 29, p. 154.